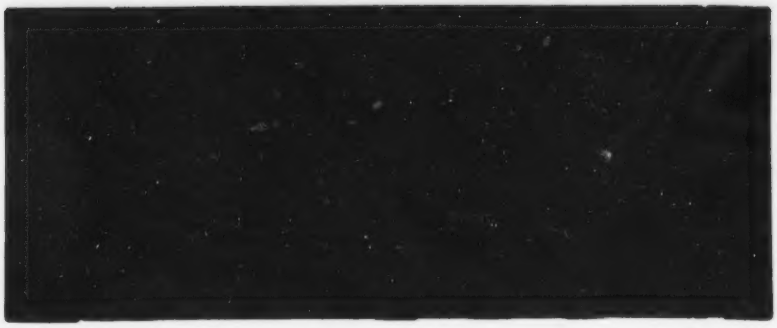
Canadian Centre
For Foreign Policy
Development

Centre Canadien
pour le développement
de la politique étrangère

Policy Options



125 Sussex Drive, Ottawa, Ontario K1A 0G2
Phone: 613 944 4150 (Communications) 613 944 0391 (Project/Fund Information) 613 992 3690 (Events Information)
Fax: 613 944 0687 **Web-site: http://www.cfp-pec.gc.ca**

101-00711/

RAPPORT ET RECOMMANDATIONS SUR LA PRATIQUE ET LA POLITIQUE CANNADIENNES EN MATIÈRE DE MISE EN OEUVRE DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

RAPPORT ET RECOMMANDATIONS SUR LA PRATIQUE ET LA POLITIQUE CANADIENNES EN MATIÈRE DE MISE EN OEUVRE DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

par

Katia Boustany *
avec la collaboration de
Geneviève Dufour, Maria Molina, Alexandre Morin *

INTRODUCTION

Ce travail est le résultat d'une double recherche entreprise, dans un premier temps, dans le cadre du projet du Comité International de la Croix-Rouge - CICR sur la coutume internationale en Droit International Humanitaire-DIH et, dans un deuxième temps, dans le cadre, plus modeste, du projet subventionné par le Fonds John Holmes et qui donne lieu au présent rapport .

Dans la masse d'informations recueillies, l'équipe de recherche a convenu de concentrer son analyse sur deux aspects qui lui ont paru majeurs dans le domaine de la pratique et de la politique canadiennes en matière de mise en oeuvre du DIH: d'une part la question de l'applicabilité (ou non) des Conventions de Genève de 1949 et de leurs Protocoles Additionnels de 1977 aux opérations dans lesquelles le Canada se trouve engagé au titre du maintien de la paix; et, d'autre part, sur la pratique et la jurisprudence relative aux requérants du statut de réfugié ayant éventuellement commis des infractions au DIH au cours de conflits armés dans leur pays d'origine.

Ces deux sujets rejoignent en fait des préoccupations importantes dans ce domaine et continuent de faire l'objet de débats à l'échelle internationale.

I - LA PRATIQUE ET LA POLITIQUE CANADIENNES RELATIVES À L'APPLICATION DU DIH AUX ACTIONS AU TITRE DU MAINTIEN DE LA PAIX

Précisons d'emblée que l'expression "actions au titre du maintien de la paix" désigne, ici, les deux formes principales d'engagement des Forces armées canadiennes consécutives à des résolutions des Nations Unies, à savoir: a) les opérations de maintien de la paix se déroulant sous commandement intégré de l'ONU et n'impliquant pas de recours à la force armée sauf en cas de légitime défense — ce sont les opérations dites "classiques" de *peacekeeping* —; b)

les opérations de type plus récent, entreprises sur la base d'une résolution du Conseil de Sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, considérées comme des opérations de *rétablissement de la paix* ou *peace enforcement action* et qui impliquent un recours à la force armée, même dans le cadre d'un conflit intraétatique tel celui de la Somalie.

Le problème majeur soulevé par la pratique canadienne relative à l'application du DIH à ce mode d'action est l'absence totale d'une politique claire et cohérente à cet égard.

En effet, nous avons relevé dans la documentation dont nous avons disposé toute une série de situations où l'applicabilité du DIH dans un tel contexte est écartée ou apparaît incertaine. Ainsi:

1. Définition du combattant et du civil: *Un document relatif à la participation des Forces Canadiennes aux opérations des Nations [1] Unies déclare que les troupes canadiennes dans une opération de maintien de la paix ne sont pas des combattants : leur statut en vertu du droit des conflits armés est considéré bien davantage analogue à celui des civils plutôt qu'à celui des combattants; ils ne sont pas partie au conflit* . En même temps, ils ne seront pas entièrement perçus comme non-participants. Le traitement du personnel de maintien de la paix sera régi par extrapolation des dispositions du droit des conflits armés.

2. Protection du personnel et des biens sanitaires et religieux: Dans le cadre de l'implication des Forces armées canadiennes en Somalie, la question s'est posée de l'emploi occasionnel de personnel médical canadien à des tâches de sécurité dans le camp de Belet Uen. Une note de service [2] dresse l'état de la question sur la base, essentiellement, de la Ière Convention de Genève - CG I bien que *ce document précise (par. 6 et 7) que les Conventions de Genève ne s'appliquaient pas à l'opération des Nations Unies en Somalie car elle ne constituait pas un conflit armé entre Parties Contractantes, mais que le Canada a toujours entrepris de conduire toutes ses opérations conformément aux principes du droit des conflits armés* . La Note indique (par. 13) que durant le déploiement en Somalie, tout le personnel des Forces canadiennes, à l'exception de deux prêtres, portaient des armes personnelles d'auto-protection; le personnel médical assigné au Régiment Aéroporté Canadien accompagnait fréquemment des patrouilles et convois de forces de protection, et bien que ce

---

* Katia Boustany est Docteur en Droit et professeur de droit international au Département des Sciences Juridiques de L'UQAM; Geneviève Dufour, Maria Molina, Alexandre Morin sont de jeunes univeritaires juristes qui ont été engagés dans la présente recherche.

[1] Annexe 1 ; il n'est pas clair si ce document résulte d'un accord avec l'ONU ou reflète simplement une pratique.

[2] Annexe 2, cette note de service est datée du 30 juin 1993

personnel était ostensiblement armé ces armes étaient uniquement destinées à sa protection personnelle. De temps en temps ce même personnel médical était assigné à des tâches de patrouillage dans un périmètre donné afin de contrer la menace des voleurs et des intrus criminels; mais en accomplissant de telles fonctions ils ne portaient pas les brassards d'identification médicale car ainsi ils agissaient comme des membres réguliers des Forces canadiennes et ne jouissaient pas de protection spéciale en vertu de la GC I. *La Note conclut donc (par. 14) que les opérations des Forces canadiennes en Somalie ont été conduites en accord avec la politique des Forces canadiennes et en conformité avec le droit des conflits armés* qui ne prohibe pas l'emploi de personnel médical dans des tâches militaires non-médicales.

La politique canadienne précitée à cet égard est consignée dans un document des Forces canadiennes [3] portant sur l'emploi de militaires protégés en vertu des Conventions de Genève et prescrivant (par. 3) en règle générale de ne pas employer un tel personnel à des tâches pouvant compromettre leur statut particulier. Plus singulièrement, lorsque les militaires en question exercent les fonctions liées à leurs services respectifs (médical ou religieux), le document précise (par. 6) qu'ils ne doivent pas être affectés à des tâches de défense de la base et de garde avec port d'armes ailleurs que dans une installation médicale ou réservée au culte. Un amendement ultérieur à ce document de politique générale établit [4] que le personnel médical et religieux ne peut être affecté à l'accomplissement d'une quelconque tâche qui pourrait être incompatible avec ses fonctions premières et principales et conserver en même temps son statut protégé. *Cet amendement continue de considérer (par. 8) que la réponse n'est pas claire à la question de savoir si les obligations en vertu des CG s'appliquent aux opérations de maintien de la paix mais qu'en vertu d'énoncés de politique et d'engagements spécifiques envers les N.U. la Canada a convenu, à tout le moins, de maintenir les mêmes standards* .

3. Interdiction de l'emploi de certaines armes: En janvier 1993, le Canada devait signer la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, et la ratifier [5] en septembre 1995 sans formuler de réserve. Sur cette base, *une opinion juridique du Juge Avocat Général confirme que les gaz "CS" et "pepper spray" ne peuvent être utilisés comme méthode de guerre sur les théatres internationaux; toutefois, cette opinion soulève la question de savoir quand existe un*

---

[3] Annexe 3
[4] Annexe 4
[5] Annexe 5

conflit armé international dans le contexte des Nations Unies ou d'opérations sanctionnées par les Nations Unies et indique que l'école de pensée à laquelle s'associe le Canada maintient que la détermination de l'existence d'un conflit armé international de même que celle se savoir si les forces des N.U. ou les forces sanctionnées par les N.U. sont des combattants varie selon le contexte factuel, incluant l'analyse du mandat spécifique des opérations [6].

4. Personnes détenues ou au pouvoir de la partie adverse à d'autres titres: Le Manuel du droit des conflits armés des Forces Canadiennes intègre [7] l'essentiel des dispositions du Protocole II aux Conventions de Genève - P.II [articles 4 (3) et 6(4)] relatives au traitement des enfants. Toujours sur la base du P.II [articles 5, et 18 (1)], il prévoit [8] également les règles applicables au traitement des personnes privées de liberté. *L'ensemble de ces protections est globalement énoncé* [9] *dans les lignes directrices pour les Forces des Nations Unies, mais sans mention explicite de la nature du conflit (international ou non-international)* ; en particulier, *ce document établit (par. 23) qu'une Force des N.U. ne détiendra pas de civils ne participant pas aux opérations militaires, à moins d'être spécifiquement mandatée à cet effet par le Conseil de Sécurité, et que les civils légalement détenus bénéficieront au moins de l'ensemble des garanties de base et ne seront pas privés de leurs droits en vertu des standards internationalement reconnus de droits de la personne .*

4.1 Malgré ces règles générales, un problème grave surviendra lors de la mission des Forces canadiennes en Somalie opérant dans le cadre du mandat [C.S. Res. 794 (1992)] de la Force d'intervention unifiée (UNITAF) puisqu'un civil détenu sera torturé à mort par des soldats canadiens du camp de Belet Uen.

La Commission d'enquête mise en place par le Gouvernement canadien pour faire la lumière sur les évènements reliés à un tel acte montre [10] que le camp canadien de Belet Uen était soumis à des tentatives d'incursion d'enfants et de jeunes hommes et révèle que les intrus capturés étaient ligotés et detenus pour la nuit dans un bunker, puis livrés le lendemain aux autorités locales (chefs de clans ou autres). *Les voleurs somaliens n'étaient pas considérés, techniquement, comme prisonniers de guerre mais les forces canadiennes avaient instruction de les traiter comme tels tant qu'ils étaient sous leur garde* , sans pour autant avoir prévu de

---

[6] Annexe 6
[7] Annexe 7, par. 1813
[8] Annexe 7, par. 1814
[9] Annexe 8
[10] Annexe 9 .

disposition pour leur alimentation. En outre, *le rapport d'enquête établit* [11] *que des soldatss canadiens ont commis des erreurs de jugement concernant le traitement des personnes détenues* , prenant des photos de groupes de prisonniers attachés, les yeux bandés et identifiés comme voleurs; et que, de plus, en dépit des ordres donnés, des détenus somaliens avaient été gardés dans un secteur découvert, visible de la route, menottés, les yeux bandés, avec des écriteaux au-dessus de leur tête.

4.2 Dans le procès subi par Brocklebank, l'un des soldats canadiens inculpés par suite des évènements ayant abouti à la mort sous torture d'un détenu somalien, la Cour d'appel de la Cour martiale du Canada a affirmé [12] en substance: c'est un principe de droit qu'une personne ayant la garde physique d'un prisonnier et autorité sur lui a le devoir de sauvegarder ce prisonnier; ce devoir existe et est applicable indépendamment des Conventions de Genève (p. 22). Aussi, la Cour a-t-elle considéré, d'une part, que *le Guide Régimentaire des Conventions de Genève* , utilisé dans l'instruction des militaires canadiens de tous grades afin de les familiariser avec les principes des Conventions sur la protection des victimes de guerre (p.25) ne constitue pas des instructions spécifiques et impératives donnant lieu à un devoir militaire (p.26) et, d'autre part, que même si ce Guide avait représenté des instructions spécifiques, notamment par rapport à la IVe Convention de Genève relative à la protection des civils - CG IV, il *ne serait pas applicable au cas d'espèce car la mission des Forces canadiennes en Somalie était une mission de maintien de la paix à laquelle ne s'applique pas la CG IV puisqu'il n'y avait aucune preuve qu'il existait en Somalie une guerre déclarée ou un conflit armé, sans compter que le Forces canadiennes n'étaient engagées dans aucun conflit* (p.26).

4.3 Cependant, par ailleurs, *un document du Cabinet du Juge Avocat Général datant de juillet 1995 prévoit* [13] *que le traitement du personnel de maintien de la paix (de la FORPRONU) sera régi par l'extrapolation des dispositions du droit des conflits armés, la position du Canada étant que les troupes de maintien de la paix devraient, au moins, avoir droit à la même protection que les prisonniers de guerre même s'ils ne constituent pas techniquement des prisonniers de guerre: les mêmes standards s'appliquent aux personnes détenues par le Contingent canadien dans de telles situations* . Ce document définit un détenu comme une personne se trouvant sans son consentement sous la garde ou le contrôle des Forces canadiennes et précise qu'il a droit à un traitement répondant au moins aux droits

---

[11] Annexe 10
[12] The Queen v. Brocklebank, Court Martial Appeal Court of Canada, April 2, 1996
[13] Annexe 11, sous Annexe C: Participation in UN operations, par. 4 et 5

élémentaires (par.5). Un détenu doit être remis aussitôt que possible à la FORPRONU ou aux autorités militaires ou civiles appropriées.

4.4 Un document de la Défense datant de juillet 1995 et relatif à une opération menée dans le cadre de l'OTAN se réfère [14] à une disposition des Règles d'engagement concernant les détenus et faisant une distinction entre belligérants et civils, pour préciser que *si l'OTAN n'est pas impliqué dans un conflit international, il n'est alors pas requis de faire la distinction entre détenus belligérants et détenus civils* .

4.5 Les procédures pour détenus à l'usage des Forces canadiennes en opération conjointe et combinée établissent [15] que, lorsque les N.U., l'OTAN et les Forces Alliées ne sont pas parties à un conflit armé, les personnes détenues dans le cours des opérations ne sont pas des prisonniers de guerre, mais qu'en tout temps les détenus seront traités, au moins, selon les standards dont bénéficient les prisonniers de guerre conformément aux principes de la IIIe Convention de Genève relative aux prisonniers de guerre - CG III.

A la lumière de tout ce qui précède, il est possible de constater que la pratique canadienne relativement à la question des détenus est susceptible de variations selon les situations, mais que le souci d'assurer des garanties minimales de traitement est constant.

Cette incertitude quant à l'application du DIH aux opérations de maintien de la paix se retrouve à divers égards dans la documentation recueillie au fil de cette recherche et si la politique générale est d'appliquer les standards du DIH dans ce type d'opérations, il ne semble pas possible de conclure, à la lumière des exemples retenus, que le Canada aurait une approche cohérente relativement à une l'obligation d'appliquer le DIH dans ce type d'action.

A- La question de l'applicabilité du DIH aux opérations de maintien de la paix - *peacekeeping*

Développées en marge du Chapitre VII dont la mise en oeuvre était rendue pratiquement impossible du fait des nombreux désaccords y afférents dans le contexte de la guerre froide, les opérations de maintien de la paix constituaient au départ le recours palliatif de l'ONU à l'irréalisable action coercitive initialement prévue par la Charte.

---

[14] Annexe 12 (18, par. 2 (f)
[15] Annexe 13 (19, par. 4

Par conséquent, il ne s'agit pas des forces armées que le Conseil de Sécurité aurait pu constituer en vertu des articles 43 et 47 de la Charte des Nations Unies.

Le maintien de la paix consiste donc en un "déploiement d'une présence de l'ONU dans une zone de conflit avec le consentement des États ou, le cas échéant, des autres entités concernées, à titre de mesure intérimaire pour circonscrire les combats, empêcher la reprise des hostilités et rétablir la paix et la sécurité internationales" [16].

Selon un tel *modus operandi* , les forces de maintien de la paix ne sont pas des forces mises sur pied par des États Membres sur la base d'une invitation (Corée, 1950) ou d'une autorisation (Golfe, 1990), lesquelles peuvent utiliser des mesures coercitives.

Par son impartialité, une Force de maintien de la paix de l'ONU ne saurait être considérée comme une force militaire d'appoint pour l'une des parties au conflit [17]: elle n'a pas une mission de combat [18]. Néanmoins, dans la mesure où la légitime défense implique un recours à la force armée, les responsables du CICR ont estimé que les forces de maintien de la paix de l'ONU sont également concernées par l'application du droit international humanitaire: "Dès qu'une arme est utilisée pendant un conflit, et même en légitime défense, certaines règles doivent être observées", ne serait-ce que celles relatives "au respect envers les blessés qui renoncent à combattre ou envers les prisonniers qui peuvent être faits à la suite d'affrontements" [19].

Ainsi, la question de l'applicabilité du DIH aux opérations de maintien de la paix s'est posée dès les débuts de l'Organisation des Nations Unies, et plus concrètement, pour le genre d'opérations qui nous retient à ce stade, lors de la mise en place de la première action de ce genre, c'est-à-dire la création de la Force d'urgence des Nations Unies - FUNU en 1956, à la suite de la triple intervention militaire de la France, la Grande-Bretagne et Israël contre l'Égypte. Déjà, à cette époque, le Comité International de la Croix-Rouge s'est préoccupé auprès des Nations Unies du respect des Conventions de Genève par les Forces onusiennes devant être ainsi déployées. Et si l'ONU a considéré ne pouvoir être techniquement partie aux

---

16 Daphna Shraga et Ralph Zacklin, L'applicabilité du droit inetrnational humanitaire aux opérations de maintien de la paix des Nations Unies: questions conceptuelles, juridiques et pratiques, *in* Umesh Palwankar (Rédacteur), Symposium sur l'action humanitaire et les opérations de maintien de la paix, Rapport, Comité International de la Croix Rouge, Genève, 1995, 41-50, p. 42.

17 Yves Sandoz, L'application du droit humanitaire par les forces armées des Nations Unies, RICR, n° 713, Septembre-Octobre 1978, 274-284, p. 282.

18 Dietrich Schindler, United Nations forces and international humanitarian law, *in* Christophe Swinarski (Rédacteur), Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet, Martinus Nijhoff Publishers, Genève-La Haye, 1984, pp.521-530, p. 523.

19 Yves Sandoz, op. cit. note 17, p. 282.

Conventions au motif que celles-ci s'adressent aux États, l'Organisation n'en a pas moins prévu dans le Règlement régissant la FUNU que la Force observera les principes et l'esprit des conventions internationales générales applicables à la conduite du personnel militaire [20]. Il en sera de même pour l'Organisation des Nations Unies au Congo - ONUC [21].

En réalité, dans la pratique, chaque fois que l'ONU a créé une force de maintien de la paix, le CICR a attiré l'attention du Secrétaire général sur la nécessité d'assurer l'application des Conventions de Genève, et à chacune de ces requêtes des dispositions relatives au DIH ont été insérées dans le règlement de la Force et dans les accords conclus avec les États fournissant les contingents [22].

Aussi, le Règlement de la Force contient-il habituellement la disposition suivante:

"*La force observe et respecte les principes et l'esprit des conventions internationales générales applicables àla conduite du personnel militaire* " [23].

Parallèlement, dans le Modèle d'accord entre l'Organisation des Nations Unies et les États Membres qui fournissent du personnel et de l'équipement à des opérations de maintien de la paix des Nations Unies, une clause type définit comme suit les obligations des troupes et des gouvernements qui les mettent à la disposition de l'Organisation:

" *[L'opération de maintien de la paix des Nations Unies] observe et respecte les principes et l'esprit des conventions internationales générales applicables à la conduite du personnel militaire. Il s'agit en l'occurence des quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 et de leurs Protocoles additionnels du 8 juin 1977, ainsi que de la Convention de l'UNESCO du 14 mai 1954 sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé. [L'État participant] veille en conséquence à ce que les membres de son contingent national affecté à [l'opération de maintien de la paix des Nations Unies] connaissent parfaitement les principes et l'esprit de ces Conventions* " [24].

---

20 Daphna Shraga, The United Nations as an actor bound by international humanitarian law, *in* Luigi Condorelli, Anne-Marie La Rosa, Sylvie Sherrer (directors), The United Nations and International Humanitarian Law, Pedone, Paris, 1996, 317-337, p. 324

21 Ibid.

22 Dietrich Schindler, op. cit, pp. 523-524.

23 Regulation 44 of the Regulations for the UNEF, UN Doc. ST/SGB/UNEF/1 du 20 fevrier 1957; UNTS, vol. 271, pp. 168-184; Regulation 43 of the Regultations for the United Nations Force in the Congo, UN Doc. ST/SGB/ONUC/1 du 15 juillet 1963; Regulation 40 of the Regulations for the United Nations Force in Cyprus, UN Doc. ST/SGB/UNFICYP/1 du 25 avril 1964.

24 Modèle d'accord entre l'Organisation des Nations Unies et les États membres qui fournissent du personnel et de l'équipement à des opérations de maintien de la paix des Nations Unies, Doc. ONU A/46/185, annexe, paragraphe 28.

Cette technique d'insertion de l'obligation de respecter les principes et l'esprit du DIH dans les Règlements de la Force et dans les accords passés entre l'ONU et les États fournisseurs de contingents n'implique pas de responsabilité directe de l'Organisation de faire respecter le DIH par les membres de ses forces [25] mais en fait reposer la responsabilité sur les États contributeurs de contingents.

En 1992, les Nations Unies, à la demande du CICR, ont fait un nouveau pas et accepté d'inclure une disposition équivalente à celle qui précède dans l'Accord sur le statut des forces passé entre l'Organisation et l'État sur le territoire duquel les forces onusiennes conduisent leurs opérations [26].

Aux termes d'une telle disposition, l'ONU s'engage à ce que les opérations de la force en question se déroulent dans le plein respect des principes et de l'esprit des conventions internationales générales applicables à la conduite du personnel militaire, les instrument visés comprenant les quatre Conventions de Genève, leurs Protocoles additionels et la Convention de l'UNESCO de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé. Parallèlement, l'État où se déroulent les opérations prend l'engagement de traiter en tout temps les forces de l'ONU dans le plus strict respect des principes et de l'esprit de ces conventions.

De ce fait, tant la Force que le gouvernement de l'État hôte concerné doivent veiller à ce que les membres de leurs personnels militaires respectifs soient dûment instruits des principes et de l'esprit des instruments internationaux considérés.

Ce modèle de clause a été inséré dans l'Accord conclu le 9 octobre 1993 entre les Nations Unies et le gouvernement haïtien sur le statut de la mission des Nations Unies en Haïti, et dans l'accord conclu le 5 novembre 1993 entre les Nations Unies et le Gouvernement de la République du Rwanda sur le statut de la MINUAR (Mission d'assistance des Nations Unies au Rwanda) [27].

---

25 Daphna Shraga et Ralph Zacklin, op. cit, p. 47.
26 Ibid., p. 47.
27 Ibid., p. 47.

Le Canada ayant contribué des contingents à la majeure partie des opérations de maintien de la paix, il faut déduire de ce qui précède qu'il a dû signer de tels Accords et souscrire aux obligations contenues dans les clauses pertinentes à ce sujet.

Comment comprendre, dans ces conditions, que nombre de documents canadiens que nous avons pu consulter marquent en fait une telle incertitude quant à l'applicabilité du DIH aux opérations de ce type? La réponse à cette question doit vraisemblablement être recherchée au niveau de défaillances dans les communications entre différents paliers administratifs et gouvernementaux. Les accords entre le Canada et l'ONU pour la mise à disposition de contingents des Forces armées canadiennes dans le cadre d'opérations de maintien de la paix ont probablement été conclus par les soins du Ministère des Affaires Extérieures, alors que les Règles d'Engagement et la définition du droit applicable s'élaborent au sein du Ministère de la Défense. Ce dernier est, en effet, la principale instance à considérer que le droit des conflits armés ne s'applique pas aux opérations de maintien de la paix car les Forces déployées dans un tel contexte ne sont pas engagées dans un conflit armé au sens strict et ne sont par conséquent pas destinées à combattre.

Néanmoins, on l'a vu, elles peuvent être appelées à user de leurs armes en cas de légitime défense et à capturer des éléments de forces hostiles ou adverses. En particulier, les conflits intraétatiques des deux dernières décennies se caractérisent par une intensité fort élevée des antagonismes et un armement singulièrement sophistiqué des parties à ces conflits. En outre, dans certaines situations (comme en Yougoslavie, par exemple) la règle du consensualisme présidant aux opérations de maintien de la paix n'a pas nécessairement été observée à l'égard de toutes les parties au conflit, de sorte que l'hostilité de certaines d'entre elles a pu prendre pour cible les forces de maintien de la paix, parfois ainsi contraintes à riposter.

Mais le point le plus important dans ce domaine, demeure la pratique des Nations Unies selon laquelle, en vertu des Accords signés avec les États fournisseurs de contingents, le DIH s'applique à la conduite du personnel militaire et chaque État assume ainsi la responsabilité de prendre les mesures appropriées à cet effet.

Dans cette perspective, des défaillances antérieures dans la coordination entre les Ministères des Affaires Extérieures et de la Défense ont pu mettre le Canada dans une situation de non conformité à ses engagements internationaux.

Recommandations: Il convient de mettre au point un énoncé de politique générale sur l'application du DIH ou droit des conflits armés — Conventions de Genève et Protocoles Additionnels— aux Forces armées canadiennes et par elles lors des opérations de maintien de la paix dans lesquelles le Canada est engagé. Un tel énoncé, qui devrait être adopté par le Gouvernement canadien, doit être clair, sans ambiguité, et largement diffusé à tous les échelons de responsabilité, en particulier au sein du Ministère de la Défense et des Forces Armées. Une telle politique devra par conséquent être intégrée dans l'ensemble des manuels et instruments de formation des Forces armées canadiennes de manière à ce que les instructions données soient précises et dénuées de toute incertitude à cet égard.

B- La question de l'applicabilité du DIH aux actions d'imposition de la paix ou de coercition en vertu du Chapitre VII de la Charte - *peace enforcement*

L'imposition de la paix se décrit comme "une opération relevant du Chapitre VII de la Charte, conduite par des forces de l'ONU ou par des États, des groupes d'États ou des accords régionaux, à l'invitation de l'État concerné (Corée 1950) ou sur autorisation du Conseil de Sécurité (1990). Ces forces se voient confier une mission de combat et sont autorisées à utiliser des mesures coercitives pour s'acquitter de leur mandat" [28].

La question de l'application du DIH à l'action devant être entreprise sur la base de la résolution 678 (1990) du Conseil de Sécurité relative à la crise du Golfe provoquée par l'invasion irakienne du Koweit ne s'est pas posée pour les Conventions de Genève. Elle a été soulevée, essentiellement, à propos du Protocole I; mais le Canada venait de déposer ses instruments de ratification des deux Protocoles Additionnels aux Conventions de Genève et les autorités canadiennes que leurs Forces respecteraient les termes du Protocle I.

Rappelons que dans son dispositif résolutoire du 29 Novembre 1990 (Res. 678), le Conseil de Sécurité affirme agir en application du Chapitre VII et "autorise" les États Membres de l'ONU coopérant avec le Gouvernement koweitien "à user de tous les moyens nécessaires" pour sortir l'Irak du Koweit et "rétablir la paix et la sécurité internationales dans la région".

L'opération n'est donc pas, à proprement parler, une action des Nations Unies, ni même, à la différence de celle de Corée, une action placée sous les auspices de l'Organisation. Cependant, il est généralement considéré que la résolution 678 envisageait une action

---

28 Daphna Shraga et Ralph Zacklin, op. cit., p. 42.

coercitive (enforcement action) du fait que les termes de ladite résolution comprennent le rétablissement de la paix et de la sécurité dans la région [29].

En résumé, l'opération "Tempête du Désert" est un exemple d'action coercitive, d'action d'imposition de la paix, menée par une coalition d'États sous la conduite de l'un d'entre eux, les États-Unis. ***C'est une opération autorisée par les Nations Unies, mais ce n'est pas une opération des Nations Unies.***

Comme l'Irak avait été défini en tant qu'agresseur, on pouvait considérer, compte tenu des objectifs assignés à l'action de la Coalition, que celle-ci constituait une partie au conflit [30].

S'agissant de ce qui peut être qualifié de conflit armé entre la Communauté internationale représentée par la Coalition d'États et l'Irak, il est donc apparu que le DIH devait s'appliquer aux opérations militaires et à la situation résultant de cette action coercitive d'imposition de la paix.

Dès l'adoption de la résolution 678 par le Conseil de Sécurité, le Conseil exécutif du CICR a élaboré un "Memorandum sur l'applicabilité du DIH" dans le contexte du conflit qui se profilait à l'horizon [31]. Joint à une note verbale en date du 14 décembre 1990, ce Memorandum devait être adressé à l'ensemble des États concernés, c'est-à-dire ceux de la Coalition, incluant le Gouvernement koweitien en exil à Taëf, ainsi qu'à Israël, la Turquie, la Jordanie, l'Iran et l'Union Soviétique à cause de leur situation géostratégique [32].

Entre autres sujets abordés par le Memorandum, le CICR insistait sur la diffusion du DIH et réaffirmait l'importance pour les membres des forces armées stationnées dans le Golfe d'avoir connaissance de leurs obligations découlant du DIH, l'enseignement de ce droit aux forces armées étant une obligation expresse des Conventions et des Protocoles.

Malgré les questions reliées à l'applicabilité du P. I, ou de moins certaines de ses dispositions même par les États qui n'y étaient pas parties, il n'en demeure pas moins que lors de l'action

---

29 Ibid. p. 10.
30 Ibid. p. 12.
31 Christophe Girod, Tempête sur le Désert, Le Comité International de la Croix Rouge et la guerre du Golfe 1990-1991, Bruylant - Bruxelles et LGDJ - Paris, 1995, pp. 86-97; Memorandum du 30 novembre 1990 sur l'applicabilité du droit international humanitaire et note verbale du CICR du 14 décembre 1990 reproduits in RICR, n° 787, janvier-fevrier 1991, pp. 24-27.
32 Ibid. p. 90;

menée contre l'Irak, en janvier-fevrier 1991, il n'y a pas eu de contestation quant à l'applicabilité des quatre Conventions de Genève de 1949.

L'action en Somalie constituait également une opération d'imposition de la paix décidée en vertu du Chapitre VII de la Charte; toutefois, à la différence de celle du Golfe, il ne s'agissait pas d'une intervention dans un conflit interétatique international mais dans un conflit intraétatique susceptible de menacer la paix et la sécurité internationales. Cependant, elle avait été conçue selon le même schéma: il ne s'agissait pas d'une opération intégrée de l'ONU, mais d'une autorisation donnée par le Conseil de sécurité à des États Membres désireux de coopérer à cette fin.

En effet, la Résolution 794 (1992) adoptée le 3 Décembre 1992 par le Conseil de Sécurité, dans le troisième paragraphe de son préambule, considère la situation en Somalie comme "une menace à la paix et à la sécurité internationales" et, surtout, dans son dispositif résolutoire même

> Souscrit à la recommandation faite par le Secrétaire général dans la lettre, en date du 29 novembre 1992, qu'il a adressée au Président du Conseil de sécurité, selon laquelle des mesures devraient être prises en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies afin d'instaurer aussitôt que possible des conditions de sécurité pour les opérations de secours humanitaire en Somalie

puis

> Autorise le Secrétaire général et les États Membres [...] , agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte, à employer tous les moyens nécessaires pour instaurer aussitôt que possible des conditions de sécurité pour les opérations de secours humanitaires en Somalie

Il est donc incontestable que l'opération dans laquelle le Canada va être engagé en Somalie au sein de l'UNITAF (Unified Task Force) impliquait le recours à la force armée. Et même si les Règles d'engagement destinées à la Force interarmées du Canada en Somalie instruisaient les commandants de "s'efforcer de contrôler la situation sans recourir à la force" [33], il n'en va

---

[33] Nous nous basons sur les Règles d'Engagement telles que publiées dans: James M. Simpson, Droit applicable aux Forces canadiennes en Somalie en 1992-1993, Étude préparée pour la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie, Publication du Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1997, 77-86, p. 77

pas moins que des directives très précises étaient données sur les situations d'hostilité dans lesquelles l'emploi de la force, y compris la force mortelle, était autorisé.

Rappelons, d'ailleurs, que l'UNITAF avait été mise en place précisément parce que l'ONUSOM (Opération des Nations Unies en Somalie) — action non coercitive de l'ONU — avait été incapable d'agir efficacement pour assurer l'acheminement des secours humanitaires du fait qu'il s'agissait d'une opération n'impliquant pas l'emploi de la force armée.

Compte tenu de tout ce qui précède, il est donc fort suprenant que la Cour d'Appel de la Cour Martiale du Canada, dans l'affaire Brocklebank, ait considéré que ni le Guide régimentaire des Conventions de Genève, ni la CG IV relative à la protection des civils ne s'appliquaient aux Forces canadiennes en Somalie car elles assumaient une mission de maintien de la paix et qu'il n'y avait pas de preuve qu'il existait une guerre déclarée ou un conflit armé en Somalie, sans compter que les Forces canadiennes n'étaient engagées dans aucun conflit:

> [...] the Civilian Convention itself, which the Unit Guide purports to explain, does not apply. The mission of the Canadian Forces in Somalia was a peacekeeping mission. There is no evidence that there was a declared war or an armed conflict in Somalia, let alone that Canadian Forces were engaged in any conflict. There is no evidence that the prisoner was "exposed to mistreatment in time of war" [34]

Il s'agissait de l'une des suites de l'épisode de torture à mort du Somalien Shidane Arone aux mains du Caporal Matchee. Le soldat Brocklebank n'avait pas directement participé aux actes de torture, mais au moment de prendre son tour de garde ce soir du 16 mars 1993, il avait été témoin, à la demande de Matchee lui-même, de ce qui se passait; il lui a donc été reproché, entre autres, d'avoir manqué à son devoir militaire de diligence en n'avisant pas des supérieurs de Matchee de ce que ce dernier faisait subir à l'infortuné Somalien.

Pour notre part, dans le cadre de ce rapport, ce qui nous intéresse c'est l'analyse à laquelle se livre la Cour d'Appel de la Cour Martiale quant à l'applicabilité des Conventions de Genève et de leurs Protocoles Additionnels à l'opération des Forces armées canadiennes déployées en Somalie. A cet égard, la décision appelle plusieurs commentaires:

1. Tout d'abord, le simple bon sens voudrait que l'existence d'une opération de maintien de la paix soit directement liée à celle d'un conflit armé, quelle que soit la qualification de ce

---

[34] The Queen v. Brocklebank, op. cit., pp. 25-26

dernier (interétatique ou intraétatique; international ou non-international pour reprendre la terminologie spécifique des Conventions de Genève et leurs Protocoles Additionnels) et quelle que soit son intensité;

2. Par ailleurs, nous l'avons vu, même dans le cas d'opérations de maintien de la paix n'impliquant pas le recours à la force armée — sauf, bien entendu, l'exception de légitime défense — la pratique de l'ONU par laquelle le Canada a certainement dû être lié lors d'opérations précédentes requiert le respect de l'esprit et des principes des Conventions de Genève et de leurs Protocoles Additionnels. L'on retrouve donc, de nouveau, le problème de communication de l'information entre les différents paliers de l'Administration. Ceci expliquerait que la poursuite n'ait pas fait valoir en preuve l'applicabilité du DIH aux opérations de maintien de la paix;

3. Mais ce qui demeure surtout étonnant, c'est que la décision de la Cour d'Appel de la Cour Martiale ne fait aucune référence ni à la résolution 794 du Conseil de sécurité ni aux Règles d'Engagement des Forces armées canadiennes, lesquelles pourtant précisent (par. 5) qu'elles doivent être utilisées "conformément au droit national du Canada et au droit international". Il apparaît donc que ces deux documents majeurs qui auraient permis à la Cour de déterminer de manière exacte la nature de l'action engagée en Somalie et, par conséquent, de se rendre à l'évidence de l'applicabilité du droit des conflits armés à cette opération n'auraient pas été produits en preuve par la poursuite.

4. Enfin, la poursuite n'a pas non plus invoqué la Clause Martens, règle du droit international coutumier selon laquelle dans les cas non prévus par les dispositions explicites du droit des conflits armés ou dans les cas de dénonciation des Conventions de Genève [35], autrement dit quand précisément les règles du droit des conflits armés ne s'appliquent pas

> les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique [36].

---

[35] La disposition commune aux articles 63, 62, 142 et 158, respectivement, des quatre Conventions de Genève énonce: "La dénonciation vaudra seulement à l'égard de la Puissance dénonçante. Elle n'aura aucun effet sur les obligations que les Parties au conflit demeureront tenues de remplir en vertu des principes du droit des gens tels qu'ils résultent en vertu des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique"

[36] Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 Octobre 1907, *in* Droit international régissant la conduite des hostilités, Collection de Conventions de la Haye et de certains autres traités, Publication du Comité International de la Croix-Rouge, Genève 1990

La juridicité de cette clause est confirmée depuis les procès de Nuremberg où il a été établi qu'elle s'applique chaque fois que le droit ne couvre pas des cas spécifiques survenant dans des situations de conflit armé ou concomitants à de telles situations [37].

Ainsi, en admettant même — ce qui serait erroné compte tenu des termes de la résolution 794 du Conseil de sécurité et de la nature subséquente de l'opération déployée en Somalie dans le cadre de l'UNITAF — qu'il n'y avait pas de guerre en Somalie et que les Forces canadiennes envoyées dans ce pays n'y étaient pas engagées dans une action armée, elles faisaient à tout le moins face à une situation concomitante à un conflit armé ce qui signifie que le Canada assume en tout état de cause dans un tel contexte les obligations énoncées dans la Clause Martens dont celle d'en assurer le respect par ses Forces armées.

A la lumière de ce qui précède, force est de constater que ni les juges de la Cour d'Appel de la Cour Martiale du Canada ni les procureurs de la poursuite ne s'avèrent avoir une connaissance appropriée du DIH et de son applicabilité aux actions menées au titre de la paix internationale. Aussi formulerons-nous les recommandations suivantes:

Recommandations: L'énoncé de politique générale sur l'application du DIH ou droit des conflits armés — Conventions de Genève et Protocoles Additionnels— aux Forces armées canadiennes et par elles doit également s'étendre de manière claire et précise aux opérations d'imposition de la paix - *peace enforcement* , quelle que soit la nature du conflit (international ou non-international) se déroulant sur le territoire de l'État où une telle opération est appelée à se déployer.

En outre, comme nous n'avons rencontré dans aucun des documents compilés une quelconque référence à la Clause Martens, nous recommandons vivement son insertion dans l'ensemle des manuels et instruments d'enseignement des Forces armées canadiennes, d'une part, pour diffuser les obligations qu'elle comporte et, d'autre part, pour faire prendre conscience aux militaires et responsables de tous les échelons des limites qu'impose à toute action le sens minimal d'humanité envers toute autre personne abstraction faite de son statut.

---

[37] Affaire Krupp, 30 juin 1948, Nuremberg, U.S. Military Court: "It is a general clause [...] to be applied if and when the regulations do not cover specific case occuring in warfare, or concomitant to warfare". cité par Éric David, Principes de Droit des conflits armés, Bruylant, Bruxelles, 1994, p. 473

Nous recommandons également que les juges de la Cour Martiale et de la Cour d'Appel de la Cour Martiale reçoivent une formation appropriée en DIH et sur le droit applicable aux actions menées au titre de la paix et de la sécurité internationales. De même recommandons-nous que les personnes chargées de la poursuite au sein des Forces armées aient la connaissance et les compétences pertinentes en DIH comme dans le domaine du droit applicable aux actions opérations de maintien de la paix - *peacekeeping* et aux actions d'imposition de la paix *peace enforcement*.

II - LA PRATIQUE ET LA JURISPRUDENCE CANADIENNES RELATIVES AUX REQUÉRANTS DU STATUT DE RÉFUGIÉ PRÉSUMÉS COUPABLES D'INFRACTIONS AU DIH

L'examen de certains textes et décisions rendues dans ce domaine révèle une disparité des approches quant à l'acception de la notion de crime de guerre ainsi qu'une imprécision quant à celle de crime contre l'humanité.

2.1 La définition du crime de guerre

Le Code pénal canadien [article 7 (3.76)] donne une définition du crime de guerre circonscrite au conflit armé international et se référant à une trangression du droit international coutumier ou conventionnel applicable à l'époque et dans le lieu où l'acte a été commis. Le Manuel du droit des conflits armés des Forces Canadiennes indique [38] que les infrations au P.II, qui pourtant constitueraient des crimes de guerre si elles étaient commises dans un conflit international, devraient être traitées par les autorités gouvernementales et rebelles comme des infractions au droit pénal national. Cette application de la notion de crimes de guerre aux seuls conflits internationaux est réitérée dans un document de synthèse émis dans le cadre de la participation du Canada à la Commission d'enquête en Ex-Yougoslavie [39]; dans ce document, les crimes de guerre sont définis comme des infrations commises par des personnes liées à une partie à un conflit armé contre des ressortissants d'un État neutre ou de la partie adverse [40].

Le Manuel du droit des conflits armés des Forces Canadiennes précise [41] que dans son acception large cette notion comprend les crimes contre la paix et les crimes contre l'humanité

---

[38] Annexe 14, par. 1824
[39] Annexe 15, par. 23 (c)
[40] Annexe 15, par. 23 (a)
[41] Annexe 16, par. 1701 (1)

du type de ceux qui ont fait l'objet de poursuite devant le Tribunal de Nuremberg. Il indique [42] que les membres de Forces canadiennes accusés d'avoir commis des actes qui constituent des crimes de guerre ne seront pas poursuivis devant les juridictions canadiennes pour crimes de guerre mais plutôt pour un délit en vertu du droit canadien. Le Manuel se réfère [43] explicitement aux infractions de l'article 11 et aux infractions graves de l'article 85 (3 & 4) du P.I; il indique [44] les crimes de guerre reconnus tels par le droit coutumier des conflits armés, parmi lesquels sont mentionnés l'usage de gaz asphyxiants, de poisons, de moyens de guerre bactériologique et le génocide (lequel constitue également un crime en vertu du Code pénal [article 318 (1)]).

Cette restriction de la notion de crimes de guerre aux seuls conflits internationaux ne semble plus de mise car lors de la création du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie - TPIY "à aucun moment le Conseil de sécurité n'a cherché à distinguer entre les faits commis durant la phase interne du conflit (avant la naissance des républiques de Slovénie, de Croatie, de Bosnie-Herzégovine et leur reconnaissance par la République Fédérative de Yougoslavie) et ceux commis durant sa phase internationale" [45].

Cette intention du Conseil de sécurité de ne pas opérer de distinction entre les conflits internes et les conflits internationaux dans l'ex-Yougoslavie a été confirmée par le jugement de la Chambre d'Appel du Tribunal Pénal International lui-même rendu dans l'affaire Tadic le 2 Octobre 1995 qui conclut au terme d'une longue analyse des éléments de la question que

> les conflits dans l'ex-Yougoslavie portent des caractéristiques à la fois de conflits internes et internationaux, que les membres du Conseil de sécurité avaient clairement les deux aspects à l'esprit quand ils ont adopté le Statut du Tribunal et qu'ils avaient l'intention de l'habiliter à juger des violations du droit humanitaire commises dans les deux contextes. Le Statut doit, par conséquent, être considéré comme donnant effet à cet objectif dans toute la mesure du possible aux termes du droit international en vigueur. [46]

---

[42] Annexe 16 par. 1701 (3)
[43] Annexe 16, par. 1703
[44] Annexe 16, par. 1704 (5)
[45] Éric David, op.cit., p. 555
[46] Tribunal International chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 (ci-après cité TPIY), La Chambre d'Appel, Affaire n°IT-94-1-AR72, 2 Octobre 1995, par. 77

Or, comme cela a été souligné, les incriminations énoncées dans le Statut du TPIY "lient tous les États membres des N.U. puisqu'elles figurent dans une décision du Conseil de sécurité qui, conformément à l'article 25 de la Charte, s'impose à tous ces États" [47].

Il conviendra donc de s'interroger sur les conséquences de cette évolution du droit international sur le droit canadien en la matière.

2.2 La définition du crime contre l'humanité

D'une manière générale, la notion de "crimes contre l'humanité" désigne certains faits graves de violence commis sur une large échelle par des individus — agents ou non de l'État — contre d'autres personnes sur une base raciale, nationale, ethnique ou religieuse, mais aussi politique ou idéologique [48].

Ainsi que le souligne l'arrêt de la Chambre d'appel du TPIY dans l'affaire Tadic

> L'absence de lien entre les crimes contre l'humanité et un conflit armé international est maintenant une règle établie du droit international coutumier. En fait, [...], il se peut que le droit internatioal coutumier n'exige pas du tout de lien entre les crimes contre l'humanité et un conflit quel qu'il soit. [49]

Ainsi, même si un crime de guerre peut également être un crime contre l'humanité, ce dernier s'en distingue par l'ampleur avec laquelle il est commis, associée au ciblage essentiellement identitaire des victimes.

Or, par rapport aux requérants du statut d'immigrants ou de réfugiés, la pratique canadienne visant à empêcher l'entrée ou l'établissement au Canada de présumés responsables de crimes de guerre s'avère confondre souvent les deux notions comme si elles étaient interchangeables.

3.2 Les principales décisions de la pratique et de la jurisprudence

---

47 Éric David, op. cit., p. 553
48 Ibid., p. 601
49 TPIY, La Chambre d'Appel, Affaire n°IT-94-1-AR72, op. cit., par. 141

La Cour d'appel fédérale a débouté (Ramirez c. Canada, 7 fevrier 1992) un requérant salvadorien du statut de réfugié alors qu'il avait été un élément actif des forces armées salvadoriennes: la Commission de l'immigration et du statut de réfugié avait estimé avoir des raisons sérieuses de croire que lors de son service au sein des forces armées, le requérant avait commis un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés. Les propos de la Cour d'appel fédérale dans cette affaire, témoignent de l'imprécision des incriminations:

> Le crime dont il est question est un crime de guerre ou un crime contre l'humanité. [...] normalement, il entrerait dans la catégorie des crimes contre l'humanité. Toutefois, comme les faits qui nous occupent ont rapport à des crimes commis au cours de ce qui est soit une guerre soit une insurrection civile et qu'il est nécessaire de déterminer quelle est la catégorie la plus pertinente, j'ai résolu d'employer l'expression "crimes internationaux" pour désigner indifféremment les deux catégories de crimes.[50]

Or, selon la preuve de la Commission apportée devant la Cour à partir du témoignage du requérant lui-même lors de son interrogatoire, celui-ci avait assisté à de nombreuses séances de torture et d'exécution menées par d'autres soldats [51]; aussi, la Cour d'appel fédérale conclut-elle à la participation personnelle et consciente aux actes de persécution [52] et le fait invoqué par lui qu'en cas de désertion un châtiment très rigoureux lui aurait été infligé n'a pas été retenu comme susceptible d'éliminer l'hypothèse de sa complicité car un tel châtiment aurait été moins grave que la torture et la mort infligées aux victimes des forces militaires [53].

Si le même sort a été réservé à la revendication du statut de réfugié d'un requérant Tamoul du Sri Lanka (arrêt Sivakumar c. Canada, 4 Novembre 1994) considéré, sur la base de l'article 6 du Tribunal de Nuremberg [54], comme complice de crimes contre l'humanité par association, en revanche la même juridiction a procédé à une analyse plus approfondie de la notion de crimes contre l'humanité, mais manifeste un malaise quant à certains aspects de la distinction avec le crime de guerre. Après avoir cité l'article 6 (c) du Statut du Tribunal Militaire International de Nuremberg, la Cour exprime quelques considérations:

---

50 Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), 7 fevrier 1992, [1992] 2 F.C., p. 310
51 Ibid., p. 324
52 Ibid, pp. 326-327
53 Ibid., p. 328
54 Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), 4 Novembre 1993, [1994] 1 C.F., p. 441

> Un autre élément constitutif, traditionnellement reconnu, du crime contre l'humanité, veut qu'il soit commis contre les propres citoyens du pays concerné. Il s'agit là d'un trait qui a servi par le passé à distinguer crime contre l'humanité et crime de guerre [...] Bien que j'ai certaines réserves sur l'utilité d'un maintien de cette condition à la lumière de l'évolution des conditions de conflit international, certains auteurs estiment qu'elle [TRADUCTION] "est toujours généralement aceptée comme la condition nécessaire pour qu'un crime tombe sous le coup du droit international" [55]

Dans cette affaire, le requérant occupait des fonctions importantes dans l'organisation qui a perpetré les crimes en question — l'organisation interrogeait et tuait des gens accusés de trahison, le requérant avait assisté à certaines exécutions et avait été au courant de l'exécution à la mitraillette d'une quarantaine de membres d'organisations rivales [56]. La Cour d'appel fédérale s'est référée à l'Avis relatif aux Réserves à la Convention sur le génocide et aux travaux de la Commission du Droit International pour aboutir à cette conclusion fort intéressante:

> [...] on ne peut donc plus dire que des individus n'ayant aucun lien avec l'État, en particulier ceux qui participent aux mouvements paramilitaires ou révolutionnaires armés, sont à l'abri du droit pénal international. Au contraire, ils y sont maintenant soumis [57].

Dans un autre arrêt (arrêt Gonzalez c. Canada, 26 Mai 1994), la Cour d'appel fédérale va réitérer l'opinion précedemment formulée à propos de la distinction entre crimes de guerre et crime contre l'humanité:

> L'arrêt *Sivakumar* analyse la distinction entre crimes de guerre et crimes contre l'humanité [...] Je souscris au commentaire incident formulé dans cet arrêt, savoir que la distinction entre les crimes est plutôt douteuse dans le contexte d'une guerre civile. [58]

Dans cette affaire, la Cour n'a pas considéré qu'il y avait crime de guerre ou crime contre l'humanité dans le cas d'un requérant nicaraguayen du statut de réfugié, membre d'un peloton militaire qui avait riposté aux tirs de Contras cachés dans la maison d'un paysan; des femmes et des enfants ainsi que dix Contras ont ainsi été tués, ce qui, selon la Commission de l'immigration et du statut de réfugié constituait un crime contre l'humanité. Selon la Cour

---

55 Ibid., p. 443
56 Ibid., p. 450
57 Ibid., p. 444
58 Gonzalez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), 26 Mai 1994, [1994] 3 F.C., p. 658

d'appel fédérale, un soldat engagé dans une action contre un ennemi armé n'est pas coupable de crime de guerre ou de crime contre l'humanité [59].

En revanche, la Section de première instance de la Cour fédérale du Canada (Ivan Cibaric c. Ministre de la Citoyennenté et de l'Immigration, 18 décembre 1995), en référence à la notion de crimes contre l'humanité, a confirmé la décision de la Commission de l'Immigration refusant le statut de réfugié à un requérant qui était conscrit dans l'armée yougoslave et avait participé à l'attaque d'un cortège funéraire, à la destruction et au pillage de 20 à 30 maisons de civils et à l'attaque contre un groupe de civils [60]. La Cour a constaté que le requérant n'avait pas quitté l'armée à la première occasion à lui offerte.

Cette même juridiction a pris une décision dans le même sens, refusant le statut de réfugié à un requérant afghan (Zahir Mohammad c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, 25 Octobre 1995): celui-ci avait été directeur de prison en Afghanistan et assumé diverses fonctions de cet ordre dans son pays d'origine pendant les diverses périodes de conflit et de coups d'État successifs; selon la preuve, il savait que des prisonniers détenus dans sa prison étaient torturés, que certains étaient décédés à cause des mauvaises conditions de vie de la prison centrale; en outre, il avait occupé un poste d'agent d'investigation faisant rapport aux autorités de Kaboul sur le recrutement de force, y compris le recrutement forcé d'enfants et d'adolescents [61]. En conséquence, il a été reconnu complice et collaborateur relativement à la torture de prisonniers et le recrutement forcé d'enfants et d'adolescents, actes et omissions constituant selon la Cour des crimes contre l'humanité et/ou des agisements contraires aux buts et principes des Nations Unies [62].

D'un autre côté, un certain nombre de décisions de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié donnent également des indications sur la pratique canadienne dans ce domaine. Ainsi, le statut de réfugié a-t-il été accordé à un guatémaltèque, membre de l'armée et ayant commis des actes (vols, meurtres, tortures) constituant, selon la Commission, des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité sur la base de l'article 6 du statut du Tribunal de Nuremberg [63]: dans cette décision (18 octobre 1991), il a été considéré que le

---

59 Ibid. p. 660

60 Ivan Cibarix et Ministre de la citoyenneté et de l'immigration, Section de première instance de la Cour Fédérale du Canada, 18 Décembre 1995, IMM-1078-95

61 Zahir Mohammad et Ministre de la citoyenneté et de l'immigration, Section de première instance de la Cour Fédérale du Canada, 25 Octobre 1995, IMM-4227-94

62 Ibid., pp. 15 & 17

63 V. (C.I.) (Re), Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, Section du Statut de réfugié, Toronto, 18 Octobre 1991, p. 10

requérant avait été enrôlé de force dans l'armée, qu'il avait été torturé pour avoir refusé d'obéir aux ordres et qu'il s'était enfui aussitôt qu'il en avait eu l'occasion.

Toutefois, dans un autre cas [64], la Commission a estimé que le Ministre n'avait pas prouvé que les actes suivants constituaient des crimes de guerre au sens du droit international: occupation d'églises, enlèvement d'un officier de l'armée ennemie, attentats à la bombe contre des autobus civils, des cabines téléphoniques et une fabrique, destruction de lignes téléphoniques, occupation de l'ambassade des États-Unis et détention de l'ambassadeur en captivité, construction de pièges et meurtre de trois personnes.

Dans un autre sens, le fait d'avoir agi comme garde à l'occasion d'une mission de recrutement forcé au cours de laquelle des personnes étaient battues et plusieurs tuées après avoir déserté a été tenu par la Commission comme un épisode constituant un crime contre l'humanité. Le requérant avait connaissance depuis l'âge de 7 ans des atrocités commises par les forces de sécurité du Guatémala et partageait leurs objectifs pendant l'accomplissement de son service militaire en patrouillant sur autoroute; il savait que les guerilleros étaient assassinés dans les prisons militaires, que les criminels de droit commun étaient tués par ses compagnons soldats quand les prisons devenaient surpeuplées, et il avait assisté à une classe d'interrogatoire dans laquelle il avait vu un homme être torturé et abattu, tous faits constitutifs de crimes internationaux [65].

De même, dans le cas d'un Palestinien occupant des fonctions administratives à un poste de contrôle au sein de la milice des Forces Libanaises, la Commission a estimé que la connaissance qu'il avait de l'existence de pratiques de torture, de violence et de meurtre affectant aussi bien des civils que des combattants le rendait complice de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité [66].

Enfin, la section d'arbitrage de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a assimilé à un acte de génocide (au sens de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide) [67] un discours prononcé par Léon Mugesera incitant à la violence, à la haine ethnique et au meurtre des Tutsis.

---

[64] X. (O.Z.) (Re), Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, Section du Statut de réfugié, Vacouver, les deux dernières pages

[65] A95-00642, Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, Section du Statut de réfugié, p. 16-17

[66] A95-00141, Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, Section du Statut de réfugié

[67] Léon Mugesera et le Ministre de la citoyenneté et de l'immigration, Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, Section du Statut de réfugié, 11 juillet 1996, pp. 92-93

4.2 Commentaires

Le panorama des diverses décisions évoquées dans le cadre de ce rapport montre bien qu'une certaine confusion règne par rapport à la distinction qu'il convient de faire entre crimes de guerre et crimes contre l'humanité. Consacrée en droit international, cette distinction devrait l'être avec autant de clarté dans le droit interne canadien.

Sur un autre plan, il et intéressant de relever que la pratique canadienne a appliqué ces incriminations dans le cadre de situations de conflit intraétatique (ou non-international selon le DIH) avant même que leur transposition à ce type de conflits n'ait été réalisée effectivement à travers le Statut du TPIY et de l'arrêt Tadic précité rendu par la Chambre d'appel de cette juridiction, puis, éventuellement, avec le Tribunal Pénal International pour le Rwanda.

Ceci étant, il faut souligner que la décision rendue dans l'affaire citée à la note 64 a bien de quoi étonner car les actes incriminés auraient pu contituer des crimes de guerre.

Aussi nous paraît-il important de confronter systématiquement ces données à l'état du DIH dans le domaine des infractions y afférentes et d'harmoniser la pratique et le droit canadiens avec l'état du droit international tel qu'il résulte des nombreux développements qu'il a connus de manière accélérée au cours des dernières années de la présente décennie.

Certes, demeure encore en cours, au moment de rédiger ce rapport, le processus de négociation du traité qui pourrait créer une Cour Criminelle Internationale et consacrerait donc également d'autres développements à cet égard. En tenant compte de cela, il nous appartient de faire les recommandations suivantes que suscitent la pratique et la jurisprudence canadiennes par rapport aux questions qui nous préoccupent pour l'heure:

Recommandations: Nous recommandons une révision des dispositions du Code pénal canadien de manière, d'une part, à bien clarifier la distinction entre crimes de guerre et crimes contre l'humanité en énonçant (à titre indicatif) les type d'actes, les critères et les circonstances spécifiques à chacune de ces incriminations et, d'autre part, à harmoniser la législation canadienne à cet égard avec l'état du droit international.

D'autre part, là encore, nous recommandons une formation appropriée des juges ainsi que des agents du Ministère de l'immigration en matière d'incriminations résultant des violations du droit international humanitaire.

Achevé à Montréal, le 20 Avril 1998

Katia Boustany

Geneviève Dufour

Maria Molina

Alexandre Morin